

VITTORIO SCIALOJA

Del diritto positivo e dell'equità *¹

Non senza trepidanza, o Signori, io vengo dinnanzi a voi per la prima volta in questa solenne occasione; poiché mi è stato affidato l'incarico di inaugurare il nuovo anno scolastico dall'ospitale cortesia di coloro, che mi hanno voluto chiamare loro collega, ma che io onoro come miei maestri nella scienza. E per vero, considerando i meriti di sapienza e d'ingegno di quanti mi hanno preceduto in questo incarico, e la debolezza e la poca esperienza mia, ho ragion di temere che troppo si sia richiesto dalle scarse mie forze. Tuttavia mi sarebbe sembrato scortese il rifiutare, ed ho confidato che pari alla gentilezza sarebbe stata la vostra indulgenza.

Una giusta consuetudine vuole che si ragioni sopra uno dei temi più generali, che si appartengano al proprio insegnamento. Per la qual cosa io, che debbo esporre diritto positivo, ho creduto che non sarebbe stato inopportuno di svolgere alcuni dei principali caratte-

* Discorso inaugurale letto nella Grande Aula della Biblioteca Valentiniana il giorno 23 novembre 1879 nel solenne riaprimo degli Studi nell'Università di Camerino.

¹ Nel pubblicare questo discorso mi pare utile di aggiungermi alcune note, per meglio dichiarare alcuni punti oscuri o troppo recisamente affermati: queste note peraltro non valgono a togliere al presente lavoro il suo carattere di scritto d'occasione. Lo scopo suo e i suoi limiti mi hanno impedito di svolgere il concetto dell'equità nel diritto canonico materia tanto vasta quanto importante: né in queste poche note ardisco colmare la lacuna. Così pure ometto di trattare le mille divisioni dell'equità in *naturalis, civilis, canonica, scripta o constituta, non scripta, cerebrina* etc. che non è difficile trovare in qualsivoglia libro giuridico dei secoli scorsi. Nè ho voluto entrare nella intricata e specialissima questione dell'equità e delle corti di equità inglesi, prodotto singolarissimo dei concetti giuridici di un popolo così diverso dal nostro. La letteratura su questo punto è assai ricca: citerò, solo a cagion d'esempio, alcuno dei libri nei quali mi sono imbattuto: STORY Commentaries on equity jurisprudence, as administered in England and America (London 1839 - 3 ed. Boston 1843); GOLDSMITH, The doctrine and practice of equity (London 1849); HAYNES, Outlines of equity (Cambridge 1858); SMITH, A manual of equity jurisprudence (London 1864).

ri di questo diritto, e di esaminare in qual relazione esso stia con quella che si suol chiamare equità.

Nella maggior parte delle sentenze dei magistrati, negli scritti dei giuristi della cattedra e del foro noi troviamo l'uno contro l'altro questi due principii: l'equità e il diritto. La guerra è antica quanto la scienza giuridica, e non accenna punto a voler finire. Anzi anche recentemente abbiamo veduto dotti autori sostenere i due estremi, ed altri cercarne la conciliazione². A me certamente non s'addice di entrare nella lotta con ispirito polemico; ma evi-

² Veggansi infatti C. LOZZI *Della interpretazione delle leggi e dei contratti per via dell'equità* (Temi Veneta 1878 p. 445 segg.) e parecchi altri articoli: *La parola della legge, ecc. che formano una serie intitolata: Introduzione al codice civile, saggio teoretico e pratico* (Temi Veneta 1879 p. 17 segg. 41 segg. ecc.): E. DEODATI *Alcune considerazioni sopra un'unica Corte regolatrice nella capitale del Regno e sui giudizi di equità, a proposito di una censura fatta ad un giudicato della Cassazione di Roma* (Temi Veneta 1878 p. 509 segg.), e di nuovo *Dei giudizi di equità* (Temi Veneta 1878 p. 577) ove riferisce un brano di discorso del pres. EULA: M. DIENA *Della equità nella interpretazione delle leggi e dei contratti e della Corte di Cassazione unica* (Venezia 1879, estratto dalla Temi Veneta). Il cons. LOZZI è strenuo difensore della equità, del diritto naturale ed anche della moralità, come fondamento dei giudizi dei magistrati. Al contrario il senatore DEODATI non solo vorrebbe toglier di mezzo ogni elemento non giuridico e legale, ma sostiene che si debba stare alla parola della legge senza ammettere interpretazione logica: egli in suo aiuto contro i fautori dell'equità giudiziaria riferisce il discorso del senatore EULA oggi presidente della Corte di Cassazione di Torino. Lo scritto del DIENA tiene una via di mezzo: a me pare peraltro ch'esso non provi se non là necessità della logica interpretazione, onde non intendo come venga, nella conclusione, ad «accogliere le idee che furono espone dall' onorevole Comm. Lozzi nella sua Memoria, quando pure, a primo tratto, potesse sembrare per avventura soverchia l'influenza ch'egli consente all' elemento della equità anche nelle alte e più serene regioni delle Corti di Cassazione» (vedi loc. cit. p. 23. 24).

Del resto veggansi per la letteratura più antica: OLDENDORPIUS *Liber de iure de aequitate forensi etc.* (Rost. 1529; Col. 1611) - LO STESSO *Assertiones ex iure et aequitate etc.* (nella Coll. delle sue Opere Lugd. 1545; Bas. 1559 T. 1 n. 11) - LO STESSO *Isagoge etc.* (Col. 1580) - SALOMONIUS *De bono et aequo* (Bas. 1530) - CONNANUS *Comm. iuris civilis lib. I cap. XI* (Par. 1553; Neap. 1724) - DETLER LAUGENBECKIUS *De iustitia, iure et aequitate* (Vit. 1572) - HOLSTEIN *De aequitate iuris* (Col. 1566) - F. MARTINI *Disp. II de summo iure et aequitate* (Ing. 1576; Frib. Brisg. 1596) - BONACOSSA *De aequitate canonica* (Ven. 1580) - OSTENIUS *Orat. de iure scripto et aequo* (Gryph. 1589; 1690) - A. BOLOGNETUS *De aequitate, iure et legibus* (Rom. 1571; Vit. 1594; ins. in *Tractatus universi iuris* dello ZILETTO Vol. 1.) - CELICHIUS *De aequitate, quid quantumque praestet in legibus* (Vit. 1602) - CAVALCANUS *De aequitate et rigore* - MARQ. FREHERUS *Sulpitius sive de aequitate* (Francof. 1608; ins. nel Tesoro di OTTONE Traj. 1733 vol. 4°) - AVERANIUS *Disp. de aequitate* (Vit. 1619) - SCHAPER *De aequitate* (Arg. 1621) - SVEVIUS *Diss. de iure et aequitate* (Jen. 1631) - CALVINUS *De aequitate* (Med. 1635); più che un trattato sull' equità è una raccolta di questioni da decidersi secondo equità - MEVIUS *Norma aequitatis* (Rost. 1639) - FABER *Jurisprudencia Papiniana* (Lugd. 1658) tit. 1 pag. 3 segg. - MARANUS *Comm. II de aequitate* (Tol. 1622; 1684; e in *Oper.* 1741) - NORICUS *De aequitate* (Lips. 1664) - FINGER *Diss. de aequitate* (Lips. 1666) - RACHELIUS *De aequitate* (Kil. 1671) - LIST *Diss. de legali aequitatis subsidio* (Marb. 1690) - FROMMANNUS *Positiones ex Diss. de aequo et bono* (Tub. 1679 in *Coll. Disp.*) - GROTIUS *Libellus de aequitate indulgentia et facilitate* (Francof. 1696 annesso alle opere) - FABRITIUS *Diss. de aequitate sive subsidio aequitatis* (Lugd. Bat. 1697) - STRUVIUS *Diss. de iure aequitate et interpretatione* (Jen. 1676, in HOFFMAUN *Thes. Jurisp.* T. 1 Jen. 1748) - J. VOET *De aequitate* (Lugd. Bat. 1681) - RANNE-MANNUS *Diss. de interpretatione iuris in genere et de iure stricto et de aequitate in specie* (In *Prol. iur. priv. rom. germ.*) - SAGITTARIUS *Diss. II. de aequitate* (in *Diss. Acad.* pag. 502, 520) - SCHULTING *De aequitate et stricto iure* (Lugd. Bat. 1717) - VAN BRANDWYK VAN BLOKLAND *Disp. de aequitate et stricto iure* (Lugd. Bat. 1717) - BESTIUS *Orat. de aequitate iuris romani etc.* (Hard. 1717; aggiunta alla *Ratio emendandi leges*

Lips. 1745) - VAN DER DOES Diss. de aequitate (Lugd. Bat. 1720) - MÜLLER Diss. de aequo iniquo etc. (Marb. 1727) - HARTMANN Diss. de aequitate iuridica (Kil. 1730) - LO STESSO Quid intersit inter ius summum seu strictum et aequitatem (Kil. 1730) - MANZEL Diss. de limitibus iustitiae aequitatis etc. (Rost. 1738) - KRESS De aequitate (Helmst. 1731) - CRAMER Spec. iuris naturalis de aequitate in probabilibus (Marb. 1731) - HERTLING Disp. de officio iudicis circa aequitatem (Helmst. 1731) - BERTUCH Disp. de eo quod circa aequitatem iniustum est (Erf. 1736) - WEISIUS Disp. de usu aequitatis in interpretatione legum (Bas. 1737) - LUDWELL Diss. de summo iure et legum contemptu (aggiunta al suo Tract. de iure accrescendi) - CARLIER Diss. de aequitate (Wirc. 1743) - HOMMEL Diss. pro summo iure contra aequitatis defensores (Lips. 1751) - DE BALTHASAR Orat. de aequitate cerebrina iustitiae peste (Gryph. 1753) - BAUER Diss. de aequitate a iustitia naturali diversa (Lips. 1760) - LO STESSO Progr. de aequitatis in iure usu (Lips. 1761) e Progr. de aequitate (Lips. 1761) - CONRADUS Orat. de iuris et aequitatis inter se consensu (Lips. 1763) - BREVNING Spec. de pugna inter aequitatem et iustitiam (Lips. 1766) - NELLER Principia iuris de aequitate (in Opusc. T. 1. p. 1. n. 2.) - BERT De aequitate iuris romani (nella raccolta Variorum opuscula etc. Pisis 1769-71 vol. 3°) - BONSI Introduzione allo studio del diritto municipale privato della città di Bergamo (Berg. 1788) §. 395-403 pag. 206-212.

E tra i più recenti, escludendo sempre, come ho fatto sin qui, gli scrittori di diritto non positivo: - GLÜCK Ausf. Erläut. der Pandecten (Erlangen 1797) vol. I specialmente § 26 p. 167 segg. - KLOTZ De aequitate (Tub. 1806) - CONRADI De iuris et aequitatis inter se consensu (in opusc. Vol. 1 p. 317 segg.) - L. H. JORDAN Ueber die Billigkeit bei Entscheidung der Rechtsfälle (Götting. 1804 e 1814) - K. G. BROSE Ueber Recht und Billigkeit (Götting. 1821) - C. A. ALBRECHT Die Stellung der römischen Aequitas in der Theorie des Civilrechts (Dresd. e Lips. 1834) - F. A. SCILLING De aequitatis notione ex sententiis iuris romani definienda (Lips. 1835) - G. SCALAMANDRÈ Dell'equità (Napoli 1845) HARTTER Ueber bonum und aequum unde ihre Gegensätze in römischen Recht (inserito nell'Archiv für die civilistische Praxis vol. 29 an. 1846 p. 253 segg. e vol. 30 an. 1847 p. 377 segg.)-l'opera capitale su questa materia, secondo il diritto romano, di M. VOIGT Das ius naturale, aequum bonum et ius gentium (veggasi specialmente il vol. I. Lips. 1856). Inoltre non v'ha quasi autore di diritto romano o civile che nel comporre un trattato completo non ragioni del nostro argomento. Si confrontino specialmente HOFACKER Principia iuris civilis Romano-germanici (Tubingae 1800) lib. I. Cap. 1. § 12 vol. 1 pag. 8 - HUGO Lehrbuch eines civilistischen Cursus vol. 2° Lehrbuch des Naturrechts (Berlin 1819) § 74 p. 92 seg. § 146 p. 186 seg. - WENING - INGENHEIM Lehrbuch des gemeinen Civilrechts (Münch. 1837) vol. 1° § 24 pag. 69 segg. - KIERULFF Theorie des gemeinen Civilrechts (Altona 1839) p. 3 segg. - MÜHLENBRUCH Doctrina pandectarum (Hal. Sax. 1830) vol. I. § 42-44 p. 104 segg. - GOESCHEN Vorlesungen über das gemeine Civilrecht (Göttingen 1838) I. § 15. vol. 1. pag. 48 segg. - SAVIGNY System des heutigen römischen Rechts (Berlin 1840-49, tradotto in francese dal GUÉNOUX sotto l'inesatto titolo *Traité de droit romain* Paris 1840 - 1850) tutto il primo volume - PACHTA Cursus der Institutionen (Lips. 1841) vol. I § 73 p. 278, § 84 p. 352 segg; Pandekten (Lips. 1853) § 21. p. 33 segg; Vorlesungen über das heutige römische Recht (Lips. 1852) § 21 vol. I p. 48 segg. - FORTI Libri due delle istituzioni di diritto civile (Firenze 1863) lib. I cap. II § IX vol. I p. 12 - DOVERI Istituzioni di diritto romano (Firenze 1866) vol. I § 22 p. 19 - KELLER Pandekten (Lipsia 1866) Einleitung § II vol. I p. XX segg. § 8 p. 17 segg. - WINDSCHEID Lehrbuch des Pandektenrechts (Stuttgart 1879) vol. I § 28 p. 70 segg. - DEMANGEAT Cours élémentaire de droit romain (Paris 1876) vol. I p. 8 segg. - CAPUANO I primi del diritto romano (Napoli 1878) Lib. I Cap. II - VII e specialmente cap. V pag. 74 segg. - KUNTZE Cursus des römischen Rechts (Lipsia 1879) § 20 p. 9, § 39 p. 17, § 192 p. 115 segg. - JHERING Geist des römischen Rechts (traduzione francese di O. Meulenaere Parigi 1877-78) vol. I § 24 p. 322 segg. vol. II § 28 p. 20 segg., § 29 segg. p. 28 segg. § 33 p. 87 segg.; vol. III tutto il capo I del tit. III lib. II 1ª parte pag. 3-78, cap. II sez. 2 ibid. § 49 pag. 129 segg. § 50 pag. 156 segg. e così pure § 51-57 sino alla fine del vol. Riguardo al diritto civile così francese, come italiano veggansi: MERLIN Répertoire V. Mineur (Paris 1827-30) - TOULLIER Cours de droit civil (trad. ital. Napoli 1820) tit. prel. sez. I n. 8-13 vol. 1° pag. 9-11; sez. XI n. 141 pag. 100 - DURANTON Cours de droit civil (trad. ital. Napoli 1854) tit. prel. Cap. I n. 1-21. Vol. 1 pag. 5-8 cap. II sez. 6 n. 95. 96 pag. 25 segg. - TAULIER Théorie raisonnée e du code civil (Paris 1840) Introd. pag. 19-31 vol. 1 - MOURLON Répétitions écrites sur le Code Civil (Paris 1877) Introd. C. I n.7-8 p. 4-6 vol. 1; tit. Prél. § IV n. 85 pag. 59 seg. - DEMOLOMBE Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général (Paris 1869) tit. pré. n. 2-12 pag.2-12, col quale autore pienamente consento - LAURENT Principes de droit civil (Bruxelles - Paris 1869 . . .) Introd. § 3n. 29 pag. 41 segg. Vol. 1; C. VI n. 273 p. 342-347, il quale tratta bene la materia, ma toglie di peso dal MERLIN, senza citarlo, i passi che riporta del BOUHIER Observations sur la coutume de Bourgogne, del FABRO Jurisprudentia Papiniana, del D'ARGENTRÉ, e del D'AGUESSEAU IX Mercu-

tando per quanto è possibile quei problemi filosofici, che non sono di mia competenza, mi sforzerò di determinare la natura dei due opposti principii, per poter quindi stabilire quanta parte si debba concedere a ciascuno di essi, in ispecial modo secondo la nostra vigente legislazione.

Nella umana società - la cui necessaria esistenza chiedo mi si conceda come postulato, - si svolgono tutte le forze fisiche e morali che l'uomo fa sue o che sono in lui stesso. Considerando che ciascuna di esse non potrebbe stare da sé, ma per esistere ha bisogno di esser congiunta con le altre, si può dire ch'esse sono limitate per la loro propria natura; tuttavia, concepite indipendenti l'una dall'altra, esse ci appaiono limitate dalla loro coesistenza. Il diritto, che deve ordinare i rapporti umani e deve esserne garanzia, sorge come risultante di tutte queste forze; non solo perché pone le condizioni della loro coesistenza, affinché tutte insieme possano conseguire il loro fine, ma anche perché dal nuovo complesso deve trarre gli elementi della propria sua forza destinata ad imporsi al trasgredire delle altre.

Essenza del diritto è la coazione, per la quale soltanto le forze morali sono in realtà costrette ad agire nel modo che si vuole stabilire per mezzo del diritto. Senza coazione il comando giuridico si ridurrebbe ad un semplice precetto morale; il quale può bensì imporsi alla mente umana come imperativo categorico, ma non può diventare una necessità di fatto. La sentenza senza formula esecutiva si riduce ad un semplice parere.

Quando si parla di forze morali, che sono le umane tendenze, le passioni, la volontà, convien sempre rammentare che non si tratta già di forze perpetuamente uguali a sé stesse, rette da leggi esatte ed immutabili che possano determinarsi, come si fa per le forze fisiche. Il loro ordine può variare entro certi limiti, ed anche questi sono larghissimi. Trattasi dunque di trovare non l'ottimo, ma il migliore ordinamento.

riale sur l'autorité du magistrat - ARCIERI Studi legali (Napoli 1854) Disp. prel. n. 1-18 pag. 5-15 vol. I - BUNIVA Delle leggi in generale (Torino 1858) Cap. I p. 21-32 ecc. ecc. - BORSARI Commentario del codice civile (Torino 1871...) all' art. I delle disp. prel. specialmente § 3, pag. 20 segg. all'art. 3 disp. prel. § 39 pag. 70. Recentissimo poi PACIFICI-MAZZONI Istituzioni di diritto civile 3ª ediz. specialmente. nella prefazione al vol. I. che per cortesia dell' autore ho potuto leggere sulle bozze di stampa; ma poiché al momento in che pubblico queste note il 1º volume è già uscito alla luce (Firenze 1880) conf. ivi Prefaz. § VI pag. XXIII segg. nota 11 pag. LXIV. nota 37 pag. LXX; lib. I tit. 1 n.1 pag. 2 segg. tit. II cap. II sez. 1 n. 16-20 pag. 38 segg. specialmente pag. 46. 47. 48.

Reprimere le forze contrarie all'ordine, far sì che le altre possano produrre il loro effetto nel miglior modo possibile: questo è lo scopo del diritto. Convien peraltro por mente di non fare entrare nel campo giuridico tutto ciò che appartiene al campo della pura morale. E per vero l'identità dell'ultimo scopo non deve condurci ad ammettere una identità di estensione tra la morale e il diritto, poiché affatto differenti sono i mezzi dei quali dispongono. Essenziale alla prima è la libertà, al secondo, come abbiamo detto, la coazione³.

³ Nel diritto privato, astrazione fatta dai diritti di famiglia che sono d'indole affatto speciale, il rapporto tra la morale e il diritto si presenta sotto duplice aspetto. Da una parte il diritto deve tutelare la libertà di ciascuno perché possa essere spontaneamente morale; dall'altra non deve costringere nessuno ad atti immorali. Beninteso la morale che viene considerata dal diritto positivo è anch'essa una morale positiva, ossia quella che, è ammessa dal popolo, il quale si regge con un determinato diritto. (Conf. LAURENT *Principes de droit civil* vol. 1 n. 54-57 pag. 88 segg.) La prima relazione si manifesta specialmente nell'ordinamento dei diritti reali, la seconda in quello delle obbligazioni. Infatti, nel diritto patrimoniale, i primi rappresentano la sfera giuridica di ciascun uomo indipendentemente da quella degli altri, colla quale non ha se non rapporti negativi; le seconde invece rappresentano l'intersezione di due sfere giuridiche, per esse un uomo è costretto forzatamente a compiere determinati atti: allora evidentemente questi atti coattivi non devono essere contrari alla morale. Ogni uomo adunque deve potere usare, in modo conforme o no alla morale, dei propri diritti reali, finché non leda il diritto altrui (confr. SAVIGNY *System* lib. II Cap. I § 56 trad. franc. I pag. 356) ma non deve essere costretto giuridicamente ad atti immorali. Perciò nel codice civile troviamo definito il diritto di proprietà (tipo dei diritti reali): *diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti* (art. 436); e al contrario nella parte generale dei contratti leggiamo che *non può avere alcun effetto l'obbligazione... fondata sopra una causa illecita ossia contraria alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico* (art. 1119, 1122); ove si vede che la proibizione di atti giuridici contrari al buon costume o alla morale si limita, nel diritto patrimoniale, alle obbligazioni; poiché l'articolo 12 disp. prel. cod. civ. che è più generale, non parla più di buon costume semplicemente, ma di *leggi* riguardanti il buon costume.

Questa semplice distinzione, la quale io ritenga conforme al nostro diritto positivo, risponde alle ragioni che il ch. consiglier LOZZI (*Temi Veneta* 1879 pag. 352 seg.) rivolge, del resto con molta cortesia, contro la mia opinione circa gli atti emulativi, che io ritengo per regola generale leciti nell'esercizio dei diritti reali (V. il mio scritto *Degli atti di emulazione nell'esercizio dei diritti*, Roma 1878; inserito pure nel *Foro italiano* 1878 pag. 481 segg.). Egli dice che l'atto di emulazione è contrario al fine pel quale il diritto è concesso, e che perciò bisogna opporvi un'*actio in factum doli mali*. Ma il fine pel quale si concedono i diritti reali è appunto quello di lasciare all'uomo una sfera entro la quale possa liberamente muoversi ed esser morale spontaneamente; cosicché deve essergli lecito anche di essere immorale, purché non violi la legge, il regolamento o il vero diritto altrui. Finché egli non esce da questi limiti non vi può esser dolo giuridico, *Nullus videtur dolo facere qui iure suo utitur* (fr. 55 de R. J. 50, 17). E come vi potrebbe esser dolo giuridico, se chi esercita il proprio diritto reale, male o bene, entro quei limiti, non viene in relazione con altri? Perché nasca tale relazione giuridica deve esistere o una convenzione o un danno; ma gli atti di emulazione possono nuocere forse all'interesse o al comodo altrui, ma non recano loro danno giuridico, come io ho dimostrato nel mio scritto citato, e come pare che ammetta anche il ch. Lozzi. Forse tale concetto di un'*actio doli* è stato al Lozzi suggerito dal fr. 1 § 12 de aq. et aq. pl. arc. 39, 3, dove Ulpiano dice: *Denique Marcellus scribit cum eo, qui in suo fondiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec DE DOLO ACTIONEM: et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi, id fecit: dal quale frammento si può dedurre, che nel caso che il vicino in suo fondiens fontem vicini avertit animo ei nocendi si dà contro lui un'*actio de dolo*. Ma è facile osservare che per quei particolari principii che governano la materia delle acque qui siamo in un caso del tutto eccezionale (Confr. il mio scritto sopra citato pag. 13 nota a, ed un altro mio articolo *Del divieto degli atti emulativi in materia d'acque* inserito nel periodico *La legge* 1879 parte III p. 235 segg.). I rapporti tra due proprietari rispetto alle acque costituiscono sempre un conflitto di diritti; conflitto che il medesimo cons. Lozzi ammette non aver luogo nei casi ordinari. Nell'ipotesi data si ha dunque che il*

L'amore della libertà e della morale, o Signori, sono due delle principali forze, delle quali deve tener conto il diritto. Disconoscendole, esso disconosce il proprio fine. Perciò quando o la preponderanza delle idee religiose, ho l'esagerazione dei poteri dello Stato volero dirigere tutte le umane azioni e le volontà senza rispettare quelle due forze, senza lasciar loro, per così dire, uno spazio libero entro il quale potessero muoversi, quelle forze reagirono con violenza; e nella dottrina sorsero teorie, le quali, partendo più che da un'ampia libertà da un esagerato arbitrio individuale, costruivano tutto il diritto sopra una base puramente contrattuale, disconoscendo molte di quelle forze che per lo innanzi troppo avevano dominato.

Quale pertanto sarà l'ordinamento che potrà chiamarsi diritto? qual sarà la sua estensione? e da chi sarà costituito?

Abbiamo detto ch'esso può variare entro limiti assai larghi. Un limite si trova nella semplice coesistenza delle forze, la quale fa loro assumere una certa proporzione. Ogni uomo è disposto a difendere con la propria forza fisica la propria volontà, e la comunanza dell'utilità, dei sentimenti e della persuasione induce gli uomini ad accomunare le proprie forze. Quindi nasce una certa coazione che si può considerare come il minimo del diritto. Se questo concetto si è mai avverato nella storia, si ha in essa un periodo di lotte tendenti a stabilire un più sicuro ordinamento giuridico⁴. Ma il diritto veramente degno di questo nome sorge con lo Stato, nella cui unità si armonizzano le forze individuali. Lo Stato è superiore a tutti gl'individui, i quali ad esso devono ricorrere per la tutela delle loro pretensioni. Ciò necessariamente porta a determinare certe regole generali come condizioni per la concessione di quella tutela, e queste regole costituiscono il contenuto del diritto positivo, ossia di quello che per essere unito ad un'effettiva coazione veramente merita il nome di diritto. Tali regole sono sancite dal comune consenso di coloro che formano lo Stato; pertanto esse partecipano della natura delle convenzioni. Non già perché gli uomini possano arbitrariamente creare o non creare lo Stato e il diritto, e nemmeno perché sia interamente arbitrario il crearlo in un modo anzi che in un altro; ma perché consensuale e mutevole col mutar del consenso è la forma particolare di ciascun diritto positivo; onde gli stessi propugnatori del

proprietario *non utitur jure suo; ma lede il diritto* del vicino, il quale *deve aver l'acqua*, purché non vi si opponga l'*utile* del vicino; tale lesione è un vero *danno*, e l'atto stesso è veramente *doloso*.

⁴ Veggasi su questo punto l'opera citata dello IHERING Vol. I Tit. I Cap. I (pag. 103-177).

diritto consuetudinario professano che la consuetudine non ha valore di diritto come semplice ripetizione macchinale di atti, ma bensì come prova della coscienza popolare che le cose debbano esser fatte così come sogliono farsi⁵.

Ogni regola di diritto si traduce dunque, nella sua forma elementare, in una concessione condizionata delle forze dello Stato per attuare una data pretensione. Scegliamo a caso un esempio. L'art. 1057 del codice civile dice: «L'obbligazione principale del compratore è di pagare il prezzo nel giorno e nel luogo determinati dal contratto di vendita». Ciò si traduce elementarmente così: Se tra due persone si sia concluso un contratto di vendita, lo Stato concede al venditore la propria forza per costringere il compratore a pagare il prezzo nel giorno e nel luogo convenuti⁶.

⁵ Le parole *arbitrario* e *consensuale* non debbono spaventarci. Che il diritto nasca per consenso si può dimostrare per qualunque forma di governo; ma è poi chiaro specialmente nei governi costituzionali, come il nostro, dove il consenso è espresso. Nè diversa era l'idea dei romani. Veggansi fr. 1 D. de leg. 1, 3; *communis reipublicae sponsio*; fr. 32 § 1 D. eod: *quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt*; fr. 40 D. eod. *omne ius... consensus facit*; MACROBIO in Somn. Scip. 1, 8. *Illa autem sola justa est multitudo, cuius universitas in legum consentit obsequium*; CICERONE de Rep. I, 25: *populus.. iuris consensu et utilitatis communiione sociatus*. Confr. Ibid. III, 33. E rispetto alla consuetudine: VARRONE in SERVIO in Aen. VII. 601: *Mores sunt communis consensus omnium simul habitantium, qui inveteratus consuetudinem facit*. Conf. MACROBIO Saturn: III, 8; CICERONE de Inv. II, 54: *consuetudine jus est... quod in morem vetustas vulgi approbatione perducit*. *ibid: consuetudinis ius esse putatur id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit*. Inst. § 9 de jur. nat. 1, 2: *diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur*. Inst. § 11 *ibid ... saepe mutari solent vel tacito consensu populi...* Fr. 32 § 1 D. de legg. .1, 3: *quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?... tacito consensu omnium...* Fr. 35 eod... *tacita civium conventio*. GAIO III, 82:... *eo jure quod consensu receptum est*. ULPIANO fr. I, § 4 *Mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus*.

Il timore che si ha di queste parole *arbitrio*, *volontà*, *consenso* deriva dalla confusione che se ne fa con *capriccio*. Ma è evidente che la volontà del maggior numero, la quale crea il diritto, non si determina pazzamente; è presumibile anzi che voglia ciò che è più conforme agli interessi comuni e al modo, come da tutti si concepisce l'armonia degli interessi particolari. Così, per usar di un esempio volgarissimo, la maggior parte degli uomini veste panni più gravi d'inverno che d'estate, sebbene il vestire in un modo anzi che in un' altro sia lasciato all'arbitrio di ciascuno: ma ciascuno vuole andar vestito nel modo più conveniente alla temperatura della stagione.

Con questa considerazione i risultati del mio ragionamento sul diritto positivo si possono conciliare anche coll'opinione di coloro, i quali credono esistere un diritto ideale che rifulge alla mente dell'uomo e che si deve applicare. La volontà in questo caso sarebbe il mezzo per tradurre questo ideale in diritto positivo, ma il diritto positivo nascerebbe pur sempre dalla volontà.

Così pure questa considerazione ci spiega come il diritto positivo, sebbene arbitrario, si svolga armonicamente colle condizioni della società. Solamente bisogna rifuggire dalla esagerazione di certi seguaci della scuola storica, che vorrebbero fare dello svolgimento del diritto qualche cosa di simile all'inconscia vita di una pianta. Circa la formazione necessaria, eppure per fatto dell' uomo, dello Stato e del diritto confronta le energiche parole del BRINZ *Lehrbuch der Pandecten* 2 ediz. (Erlangen 1873) Lib. II § 35 Vol. 1 pag. 136.

⁶ Tale, mi pare, è il vero contenuto delle regole del diritto positivo. Non ogni articolo peraltro si può ridurre a questa forma: molti sono diretti a dare schiarimenti intono alle condizioni di che parlo nel testo; ma pur sempre si rilegano con altre disposizioni, le quali sono quelle che si applicano in pratica e possono tutte assumere la forma da me esposta. Lo IHERING (op. cit. vol. I Introd. Tit. C. I § 4 pag. 52) si contenta di dire: «Ogni re-

In tale determinazione di condizioni hanno origine le forme giuridiche. Forme sono i modi con che si costituiscono le leggi; forme gli atti nei quali si riconoscono le consuetudini; forme le parole stesse delle leggi. Ma di queste parleremo più oltre. Ora ci convien fermarci su quelle forme che sono tanta parte del contenuto di ogni diritto positivo, e la necessità e l'importanza delle quali raramente si sanno dagli inesperti apprezzare: intendo dire di quel mirabile organismo di presunzioni, finzioni e formalità propriamente dette, che rende più sicura e più agevole l'applicazione del diritto.

Io non istarò a ripetere come il formalismo sia cosa tanto naturale all'uomo e tanto conveniente al suo modo simbolico di conoscere e di pensare, che lo si ritrova in tutti i suoi atti e non solamente nei giuridici: ma dimostrerò che in questi esso è una vera necessità.

Non bisogna dimenticare che il momento pratico nel diritto sta nella risoluzione di una controversia, ossia nel giudizio. È allora che innanzi ad un terzo le parti contendenti debbono provare di essere in quelle condizioni, che valgono ad ottenere in favore delle proprie pretese le forze dello Stato. Tali condizioni per lo più corrispondono a fatti spirituali, come sono il consenso, l'intensità del volere, la capacità ecc. Perché questi fatti possano entrare a far parte del mondo giuridico debbono assumere una forma, e nella maggior parte dei casi non una forma qualunque, ma una forma determinata. Ciò non è molto difficile a intendere, ma, valendoci di un esempio, ne avremo un'idea più chiara.

Affinché una persona sia obbligata ad una certa prestazione verso un'altra, conviene che tra loro sia nata un'obbligazione, poniamo, contrattuale. Si potrebbe dire che quando tra quelle due persone vi fu consenso intorno all'obbligazione stessa, una di esse ha diritto di esigere dall'altra la prestazione convenuta; e ciò si dice infatti nella trattazione scientifica del diritto: ma nulla di più assurdo si potrebbe dare che lo scrivere in una legge un articolo simile senz'altro. Per riconoscere l'esistenza del consenso il giudice sarebbe chiamato a risolvere col suo nudo criterio e senza norme prestabilite una serie di questioni tanto gravi, che sarebbe come ridurre tutto in quella incertezza che dal diritto appunto si vuole tolta di mezzo. *Aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias*, scriveva CICERONE assai rettamente (*de*

gola di diritto annette ad un' ipotesi determinata (se taluno ha fatto questo o quello) una determinata conseguenza (in tal caso avverrà questo o quello.)»

off. III, 17, 68) *leges, quatenus manu tenere possunt; philosophi, quatenus ratione et intelligentia*. Di tante questioni, ne rileverò solamente alcune.

Affinché vi sia consenso è necessario vi sia volontà, e perché questa possa veramente considerarsi tale è d'uopo vi sia capacità di volere, la quale implica libertà e svolgimento della ragione. Il giudice dunque sarebbe chiamato anzitutto ad esaminare le condizioni psicologiche delle parti, al tempo che il consenso avrebbe dovuto formarsi. Invece la legge stabilisce un termine di età, dopo il quale presume un'intiera capacità, prima del quale la mancanza di questa; cosicché il giudice non si trova più dinnanzi ad una quantità d'inestricabili e pericolosi problemi, ma deve solo constatare il semplice fatto dell'età delle parti; fatto che gli è tanto più facile di accertare, in quanto la data della nascita si determina esattamente per mezzo degli atti dello stato civile, che sono altre formalità giuridiche. Osservate intanto, o Signori, questo concatenamento, che mostra quanto sia pericoloso l'alterare una sola parte dell'organismo del diritto!

Così noi abbiamo già una ampia giustificazione della presunzione della maggiore e minore età, la quale tuttavia (in particolar modo per l'età minore) in un gran numero di casi non corrisponde alla realtà delle cose. Ma questa presunzione porta ancora un altro prezioso vantaggio; poiché per essa le parti conoscendo in modo sicuro la propria capacità di fronte al diritto, possono esser certe della validità dei loro atti, osservando per gl'incapaci le forme prescritte dalla legge ad integrarne la capacità. Senza di ciò gl'incapaci non potrebbero mai compiere e per nessuna maniera atti giuridici, ed i capaci pure, sempre incerti della propria capacità, dovrebbero per cautela far premettere ad ogni loro atto un giudizio sopra di essa.

Seguitiamo col nostro esempio. Affinché il consenso sia tale da generare un'obbligazione non basta la sola esistenza della volontà, ma conviene che questa sia fatta palese mediante una dichiarazione, la quale pure è dalla legge vincolata a certe forme. Queste possono essere stabilite a cagione della prova; possono tendere a scopi fiscali od altri; ma hanno spesso il fine di misurare l'intensità del volere. Il giudice infatti dovrebbe in ciascun caso esaminare se la dichiarazione veramente corrisponde ad una volontà tanto determinata e forte da esser diretta ad ottenere effetti giuridici. Così per istabilire se e quando fu concluso un matrimonio egli dovrebbe distinguere la vera dichiarazione di volontà a ciò diretta da

tutte quelle vaghe espressioni, che meglio si potrebbero chiamare di velleità, e da tutte le trattative, che sogliono precedere un matrimonio; le quali potrebbero nella forma esser forse del tutto simili a quella dichiarazione. Ognun vede a quali conseguenze potrebbe portare l'arbitraria valutazione di questa quantità e qualità di volere senza l'aiuto delle forme prefisse! Da una parte si proporrebbe al giudice un problema irto di difficoltà; dall'altra parte si toglierebbe alle parti contraenti la possibilità di determinare esse medesime il momento, nel quale il contratto si deve ritenere esser nato: cosa che si ottiene col servirsi in quel momento della forma legale e coll'usare prima qualsivoglia altra forma. Il diritto per elevarsi ad astratti ideali tradirebbe il proprio ufficio, privando gli uomini della certezza che in caso di contesa i loro atti saranno giudicati di quella natura che essi vogliono loro attribuire, e porteranno quegli effetti ch'essi vogliono sieno prodotti.

Altro vantaggio spesso notato delle forme nella dichiarazione di volontà, è il freno che la loro solennità pone a coloro che stiano sul punto d'imprendere atti inconsiderati.

Se poi continuiamo ad esaminare l'esempio che ci siamo proposti, troviamo che alla risoluzione del giudice si presenta anche il problema della concordanza delle due volontà, senza la quale non vi può esser consenso. Ed anche a questo il diritto talora soccorre: così per esempio l'antico diritto romano ordinava che nella stipulazione le parti ripetessero i medesimi termini nella domanda e nella risposta.

Molto ancora, o Signori, io dovrei parlare, se volessi esporvi con qualche precisione questo organizzazione del diritto positivo, ma non voglio uscir dai limiti di un semplice discorso. Spero tuttavia che da questi rapidi cenni ed imperfetti possa apparire l'importanza e la necessità delle forme, non solo nelle leggi di procedura, dove la cosa è evidente, ma anche in quelle che riguardano la sostanza del diritto. Ma le forme, che sono un mezzo, per avere efficacia debbono diventare esse stesse un fine del diritto: in altri termini, esse si sostituiscono al fine pel quale sono state create. Così, per tornare al nostro esempio, il giudice non deve più guardare se le parti hanno la ragione abbastanza sviluppata, ma solo se hanno 21 anni; non deve più guardare se con qualche loro dichiarazione di volontà hanno voluto concludere un matrimonio, ma solo se hanno compiute tutte le formalità dalla legge prescritte. Altrimenti sarebbe lo stesso non averle stabilite.

Peraltro questo diritto così scritto, così sancito, così ordinato è egli senza difetti? O signori, per quanto io possa essere fautore del diritto positivo non cadrò al certo in tale esagerazione. La storia sarebbe pronta a smentirmi! Ma si tratta di vedere quali siano questi difetti, e sarà utile il chiederlo alla storia medesima.

POMPONIO ci attesta (fr. 2 §. 3. 4 de orig. iur. I, 2) che per uscire dall'incertezza delle consuetudini, il che è come dire per amor di libertà, in Roma si stabilì di scriver legge, *constitui viros*, egli dice con energica frase, *per quos peterentur leges a Graecis civitatibus et CIVITAS FUNDARETUR LEGIBUS*. Così furono compilate le dodici tavole. Nacque allora il bisogno dell'interpretazione, la quale in principio tenendosi stretta alla lettera della legge si ridusse a compilar formule adatte alla sua parola ed applicare le forme legali agli atti quotidiani della vita. Il territorio era piccolo, la popolazione poco numerosa, la fede pubblica assai forte, il bisogno del diritto non si sentiva in molti atti, l'assistenza dei giuristi era pronta in ogni occasione. Le leggi, perché conquistate con gran pena, eran dal popolo considerate con rispetto ed amore; e vi andava unito il sentimento della forma sempre vivacissimo nei popoli meno avanzati ed ancora imbevuti dei principii religiosi.

Ma in seguito coll'allargarsi del territorio, col moltiplicarsi delle relazioni non solo tra cittadini, ma anche con gli stranieri, col modificarsi degli antichi costumi, il rigoroso ordinamento della procedura e del diritto civile cominciò a farsi sentire soverchiamente gravoso. È celebre anche troppo il fatto narrato da GAIO (Inst. IV, II) di colui che perdette la lite per aver detto *viti* in vece di *alberi* nel corso di una *legis actio*. La memoria che rimase di questo fatto, il quale non avrebbe per sé stesso grande importanza, ci dimostra che al nuovo popolo ciò, che prima si stimava necessità giuridica, cominciava a parere mera sottigliezza. Nella procedura ai mutamenti già portati nelle *legis actiones* succedette la radicale riforma della legge Ebuza, onde nacque il sistema formulare e con esso quella larghezza del *ius edicendi* per la quale, mentre il pretore peregrino giudicava le controversie degli stranieri secondo i principii del *ius gentium*, anche il pretore urbano poté gradatamente venirvisi accostando. E qui mi sia lecito aprire una parentesi, per notare che, l'ordinamento giudiziario moderno

essendo totalmente diverso da quello romano, il volere inferire da ciò che fecero i pretori ciò che dovrebbero fare i nostri tribunali altro non sarebbe che un errore di storia⁷.

Accanto al pretore, che svolgeva il diritto con l'autorità conferitagli dal popolo, cominciò ad esplicarsi l'opera dei giuristi, che, uscendo dai limiti nei quali per lo innanzi si erano ristretti, presero ad interpretar le leggi più liberamente, a studiarne l'applicazione ai nuovi bisogni, a dirigere la formazione del diritto consuetudinario. L'importanza loro si accrebbe poi notevolmente quando Augusto conferì ad una parte di essi il *ius respondendi*. Nella loro opera si fusero tutti i progressi della legislazione, degli editti, della scienza, per modo che Giustiniano poté ricavarne la parte principale della sua compilazione. Ma giunti a questo punto noi assistiamo ad una nuova rivoluzione.

L'immensa estensione dello Stato romano, la varietà delle popolazioni, le interne discordie e il pericolo degli esterni nemici avevano reso impossibile il governo repubblicano. L'impero sorse come ineluttabile necessità: e il diritto si trasformò, come si trasformò lo Stato. Pompeo e Cesare tentarono una codificazione; ma troncò l'opera del primo il timor de' maligni, quella del secondo la morte⁸. Augusto non seguì quei tentativi; ma completò la procedura formulare, propose molte leggi civili e penali, concesse ai giuristi il *ius respondendi*. Dopo di lui l'attività legislatrice si concentrò nella corte imperiale. Sul diritto di Roma, si edificò il diritto del mondo. Le prime forme strette, logiche, rigorose caddero in gran parte; alle antiche tradizioni si sostituì l'equità e la ragione dell'umanità.

Di tutto ciò che dall'antico leal popolo era stato lasciato al solo imperio della morale, non d'altro armata che della forza della coscienza e del rispetto alla pubblica opinione, gran parte venne posta sotto la regola esternamente coattiva del diritto. Fu codificato l'editto pretorio, poiché a continuare l'evoluzione verso il *ius gentium* bastavano le costituzioni imperiali e l'opera dei giureconsulti. Questi con la loro cresciuta autorità non si contentarono solamente di svolgere gli antichi principii, ma, traendone dei nuovi dalla coscienza del nuovo popolo, opposero a ciò che fu chiamato stretto diritto, *strictum, summum ius, ius civile*

⁷ Circa il concetto che dell'interpretazione avevano i giureconsulti romani veggasi specialmente SAVIGNY op. cit. Vol. 1 C. IV § 57 pag. 289 segg. Circa l'editto pretorio LO STESSO C. III § 22 pag. 114 segg. Egli fa notare appunto come quel concetto oggi non sia più applicabile.

⁸ Conf. SVETONIO Vita di Cesare 44: *Destinabat ius civile ad certum modum redigere, atque ex immensa difusaque legum copia optima quaeque et necessaria in paucissimos conferre libros... talia agentem atque meditantem mors praevenit.* E ISIDORO di Siviglia Origines V. 1. 5: *Leges redigere in libris primus consul Pompeius instituere voluit, sed non perseveravit, obtractorum metu. Deinde Caesar coepit id facere sed ante interfectus est.*

ecc. l'aequum bonum, la naturalis ratio. Così furono più rispettati dal diritto i vincoli di sangue e l'uguaglianza dei coniugi nel matrimonio; nelle obbligazioni si ebbe maggior riguardo alla buona fede; la dichiarazione di volontà si spogliò delle sue più strette forme e alla dichiarazione si fece prevalere l'intimo volere; molti rapporti giuridici che erano stati ridotti sotto poche e rigide regole generali presero un carattere proprio⁹. Così formato il nuovo di-

⁹ Circa lo svolgimento del concetto dell'equità presso i romani giureconsulti veggasi l'opera citata del VOIGT. Egli studia profondamente in questa materia le opinioni particolarmente di Cicerone per l'epoca più antica, e dei principali *prudentes* per la più recente; ponendole a raffronto coi concetti del *ius naturale* e del *ius gentium*. Secondo questo autore il concetto dell'equità in Cicerone era triplice: 1° quello volgare di norme dettate dalla coscienza popolare del diritto che ha per opposto *ius* o *iniquum*; 2° quello scientifico o speciale che rappresenta un principio giuridico uscito dalla coscienza popolare ed ha per opposto *iniustitia, ratio iuris civilis*; 3° il concetto filosofico, che rappresenta il principio direttivo di tutto il *ius* o *ius humanum* e trova il suo opposto in *religio* come principio del *ius divinum*. (Confr. op. cit. § 6 p. 35) Il punto sul quale Cicerone più insiste trattando dell'*aequitas* è quello della interpretazione più lata del diritto scostandosi dalla stretta parola. A ciò si riferisce la massima *Summum ius, summa iniuria* (*De officiis* I. 10. 33; confr. TERENCE *Heautont.* IV. 5. 48, COLUMELLA R. I. 7. 2); a ciò si riferiscono pure tutte le sue invettive contro gli *aucupia verborum et literarum tendiculas* (*Pro Caecina* 23) di che sono piene non solo le sue orazioni, ma anche le sue opere giuridiche, rettoriche e filosofiche. Del resto questo stesso concetto non è sempre rispettato dallo stesso Cicerone; nel quale bisogna fare molta parte alla sua professione d'avvocato.

Il VOIGT medesimo (§ 70-74 pag. 368 segg.) riordina i testi, che abbiamo degli antichi giureconsulti, circa l'equità, e quelli contenuti nella compilazione Giustiniana, sotto diverse categorie, che credo utile qui riprodurre più brevemente con ordine un po' diverso, ma senza alterarne la sostanza.

Prima categoria: rispetto ai vincoli di sangue: Gai. Inst. III. 7. 18-24; Ulp. Fragm. Lib. sing. Reg. 26. 2; Fragm. Vat 198. 306; Collatio XVI. 7 § 2, 9 § 2; Digesta fr. 5 § 2. 25. 3, fr. 1 § 6. 37. 1, fr. 1 pr. 37. 5, fr. 2 pr. 37. 11, fr. 2. 38. 8, fr. 1 § 4. 38. 16, fr. 1 § 6. 38. 17, fr. 5 pr. eod., fr. 20. 42. 1. fr. 21 eod., fr. 7 pr. 48. 20, fr. 4. 48. 23.

Seconda categoria: rispetto alle obbligazioni assunte in buona fede: Gai. Inst. IV. 71; Digesta fr. 1 pr. 2. 14, fr. 1 pr. 13. 5, fr. 95 § 4. 46. 3.

Terza categoria: principio della giusta ripartizione del vantaggio e della perdita: Gai. Inst. IV. 61; Paul. Sent. rec. II. 1. 1; V. 16. 1; Iust. Inst. § 39. 2. 1, § 30. 4. 6; Digesta fr. 1 pr. 2. 2, fr. 46 § 4. 3. 3, fr. 2. 3. 5, fr. 1 pr. 4. 4, fr. 24 § 1 eod., fr. 22. 5. 3, fr. 14 § 1. 10. 3, fr. 32. 12. 1, fr. 3 § 7. 12. 4, fr. 14. 12. 6, fr. 65 § 4 eod., fr. 1. 14. 5, fr. 11 pr. 15. 1, fr. 32 pr. eod., fr. 8 § 8. 17. 1, fr. 2 § 3. 18. 4, fr. 37. 19. 1, fr. 16 § 6. 20. 1, fr. 44 § 1. 21. 1, fr. 38 § 7. 22. 1, fr. 6 § 2. 23. 3, fr. 7 pr. eod., fr. 36. 26. 7, fr. 20 pr. 27. 3, fr. 84 pr. 28. 5, fr. 54. 36. 1, fr. 1 pr. 37. 6, fr. 1 § 1. 39. 3, fr. 2 § 6 eod., fr. 22. 39. 5, fr. 4. 43. 5, fr. 4 § 13. 44. 4, fr. 34 pr. 44. 7, fr. 63 § 5. 47. 2, fr. 1 § 1. 47. 4, fr. 47 pr. 49. 14. fr. 206. 50. 17; Codex const. 5. 4. 31, const. 6 eod., const. 2. 4. 32, const. 1. 5. 21, const. 1. 6. 2.

Quarta categoria: libertà nelle forme e prevalenza della vera volontà sulla dichiarazione: Gai. Inst. III. 137, IV. 30; Ulp. Fragm. lib. Reg. 25. 1; Digesta fr. 12 § 2. 7. 8, fr. 20 § 2. 8. 2, fr. 8 § 16. 20. 6, fr. 23. 26. 7, fr. 13. 28. 2, fr. 17. 28. 3, fr. 88 § 1. 35. 2, fr. 76. 36. 1, fr. 9 § 3. 41. 1, fr. 2 § 2. 43. 26, fr. 2 § 3. 44. 7, fr. 36. 45. 1, fr. 12 § 8. 49. 15; Codex const. 6. 6. 24.

Quinta categoria: riguardo all'individualità dei singoli rapporti concreti: Iust. Inst. § 10. 3. 26, § 31. 4. 6; Digesta fr. 2 § 1. § 8. 2. 11, fr. 7 pr. 4. 1, fr. 26 § 9. 4. 6, fr. 38 § 1 eod., fr. 50 § 1. 5. 3, fr. 11. 8. 3, fr. 51 § 2. 9. 2, fr. 5 § 5. 9. 3, fr. 12. 11. 1, fr. 14 § 6. § 13. 11. 7, fr. 43 eod., fr. 20. 12. 1, fr. 2 pr. 13. 4, fr. 4 § 1 eod., fr. 30. 13. 5, fr. 67 § 1. 23. 2, fr. 32 pr. 24. 1, fr. 29. 28. 5, fr. 86 pr. 29. 2, fr. 71 § 1. 30, fr. 16. 35. 1, fr. 19. 39. 2, fr. 25. 39. 5, fr. 24 § 10. 40. 5, fr. 28 pr. 40. 7, fr. 7 § 5. 41. 1, fr. 13 § 4. 41. 2, fr. 32 § 2. 41. 3, fr. 14 pr. 44. 3, fr. 91 § 3. 45. 1, fr. 12. 46. 6, fr. 11 § 1. 47. 10, fr. 18 pr. eod., fr. 1 § 10. 48. 16, fr. 19. 49. 1, fr. 28 § 2 eod., fr. 12 § 5. 49. 5, fr. 183. 50. 17; Codex const. 3. 2. 1, const. 1. 8. 1, const. un. 10. 63.

Testi appartenenti a più categorie insieme: Digesta fr. 22. 40. 4, fr. 1 § 1. 44. 4, fr. 12 eod.

Testi non appartenenti ad alcuna delle cinque categorie: Digesta fr. 25. 1. 3, fr. 2 § 5. 39. 3. fr. 3 pr. 48. 12, fr. 19 pr. 49. 15, fr. 66. 50. 17, fr. 90 eod.; Codex const. 4. 2. 1, const. 8 eod., const. 1. 5. 17, const. 3. 7. 72.

ritto ci apparisce di molto più morale e conforme alla natura delle cose che l'antico. Forse, o Signori, a volerne indagare le ragioni, di tanto scemerebbe la nostra ammirazione per il popolo di quanto si accresce quella per il suo diritto; ma da buoni giuristi noi non guarderemo che questo ed applaudiremo alle modificazioni introdotte dall' equità, la quale derivando dai bisogni sentiti per tanti secoli dall'intero mondo civile dovè certamente contenere gran parte degli elementi propri dell' umanità. Perciò il diritto romano allora formato poté per sì lungo tempo governare le principali nazioni d' Europa. Ma questa sua qualità fu a scapito di un' altra che è pur tenuta in gran conto presso i popoli liberi: voglio dire di quella facilità e sicurezza di tradursi in pratica, di che già dianzi abbiamo ragionato. Quindi non è meraviglia che, unendosi questa causa alle peggiori condizioni sociali, l'antico ordine dei giudizi abbia dovuto mutarsi e il magistrato riunire in sé anche l'ufficio del *iudex*.

Ed eccoci ad un tempo nel quale il progresso sociale si fermò come fiume che s' impaluda: e il diritto pure soffrì di questo ristagno. Cessata l' attività dei giureconsulti, la legislazione, retta da incerti principii, non era più rappresentata che dai rescritti imperiali; la giurisprudenza si confondeva tra innumerevoli opere giuridiche, e nei casi ove al giudice paresse che il diritto positivo fosse insufficiente o poco conveniente, la risoluzione era rimessa all'imperatore, che non si peritava di decidere per mezzo di legge. La legge famosa di citazione fu insufficiente, come insufficienti le collezioni di Gregoriano ed Ermogeniano.

Molti altri materiali per lo studio dell'equità nel diritto romano possono trovarsi nello stesso Volgt, e in BRISSONIUS *De verborum quae ad ius pertinent significatione* (Parisiis 1596) alle voci; *aequum est - aequo pretio; benigna interpretatione - benignitatis aequitas; utilitas* etc. DIRKSEN *Manuale latinitalis fontium iuris civilis romanorum* Berolini 1837) alle voci: *aequabilis - aequus*.

Del resto bisogna notare, per non cadere in facile errore, che pel diritto romano nella massima parte dei casi l'*aequitas* è considerata come fonte legislativa, anche quando è applicata dal pretore o dai giuristi, per le ragioni dette più sopra (V. il testo del discorso e la nota 7. Conf. VOIGT op. cit. § 66 p.354). Spesse volte la parola *aequitas* ha significato diverso da quello che noi sogliamo attribuire alla parola *equità*. L'ammissibilità della *aequitas* nel giudizio per le azioni *bonae fidei* e specialmente per le *arbitrarie* non altera il concetto del puro diritto, poichè è appunto dal diritto stesso accettata. Finalmente conviene por mente all'insieme di ciascun testo, badando di non estrarne poche parole, le quali possono in tal modo venire a rappresentare un'idea totalmente diversa da quella del giureconsulto romano. Questo vizio delle citazioni parziali è causa di non pochi errori specialmente nella materia della quale qui si tratta. Eccone un esempio: Si suol dire che per diritto romano era lecito al giudice di correggere la legge nelle parti difettose e si cita il passo seguente: *Verumtamen quod legibus omissum est, non omittetur religione judicantium*. Ma per rigettare tale opinione basta integrare il frammento, il quale letto per intero ci dice (fr. 13 de testibus 22. 5): *Quaesitum scio an in publicis judiciis calumniae damnati testimonium judicio publico perhibere possunt. Sed neque lege Remmia prohibentur et Julia lex de vi et repetendarum et peculatus eos homines testimonium dicere non vetuerunt. Verumtamen quod legibus omissum est, non omittetur religione judicantium ad quorum officium pertinet eius quoque testimonii fidem quod integrae frontis homo dixerit perpendere*. Ciò che di questo si può dire di molti altri casi.

Ma pur sentendosi il bisogno di una nuova solida base, ecco il codice ufficiale di Teodosio; ecco nelle provincie sottoposte alla dominazione dei barbari nuovi corpi di diritto; ecco finalmente la vasta compilazione Giustiniana tempio sepolcrale della grandezza giuridica romana. E Giustiniano stesso, posto su più salde basi l'edificio legislativo, può avere coscienza di altri bisogni; ecco le Novelle, principalissime fra le quali quelle che rovesciano l'antico ordine delle successioni.

Questo diritto, o Signori, durò come diritto comune fino al principio del nostro secolo e dura ancora in Germania. Ma chi può ripetere in breve a quante modificazioni andò soggetto, le quali tutte vi furon portate in nome dell'equità? Chi può dire quanta influenza vi ebbe il diritto canonico, il quale, più che mutarne apparentemente le istituzioni, vi insufflò il nuovo spirito medioevale? E da una parte dalla costituzione politica sorge il diritto feudale; dall'altra parte dai comuni si redigono in legge le consuetudini, si formano innumerevoli Statuti. E nasce in questo tempo quel diritto, al cui svolgimento oggi ancora alacremente si lavora, e che, opposto da principio al diritto che si considerava come universale, oggi, da tutti riconosciuto, è quello che maggiormente tende all'universalità: voi intendete ch'io parlo del diritto commerciale. Qual meraviglia dunque se gli scrittori di quei tempi pur tenendo dietro al diritto romano e commentandone i testi, per renderlo applicabile spesso lo travisavano? Questo, che a noi, troppo avvezzi a sprezzarne le opere, sembra un vizio intollerabile, era forse, come giuristi, la loro maggiore virtù, ed è forse a questa virtù che si deve la gran fama di Bartolo e il vederne in parecchie Università spiegate le opere accanto al testo del *corpus juris*.

Che se da quei tempi noi volgiamo lo sguardo all'età più recente, troviamo che, quando cadono gli ultimi avanzi delle costituzioni medioevali, e si fa vivo il concetto dello Stato moderno, forte si sente la necessità di un diritto che più gli si convenga: e la separazione dei poteri dello Stato ed il bisogno di certezza favoriscono la redazione dei nuovi codici.

Se, giunti a questo punto, ci volgiamo indietro a guardar la strada fatta, noteremo che accanto al diritto positivo si manifesta l'azione di una forza, la quale, dapprima sottomessa al diritto stesso, a poco a poco gli si ribella, finché giunge il momento nel quale o il diritto viene modificato regolarmente secondo i casi dalla consuetudine o dalla legge, ovvero, se

per altri motivi non si vuol toccare il diritto, esso viene nella pratica continuamente violato. Questa forza è l'equità.

Qual è la sua natura? Come va essa intesa? Qual parte le si può concedere sotto l'impero del diritto positivo attuale?

Stando all'etimologia della parola, equità corrisponde ad uguaglianza e perciò può rappresentare il principio dell'uguaglianza degli uomini di fronte alla legge e quello che i casi simili abbiano simile soluzione, i differenti differenti: *aequitas* come dice CICERONE Top. c. 4, *quae paribus in causis paria jura desiderat*. Io non mi fermerò molto su questo punto. Tale specie di equità infatti non ha nulla che non si possa accordare col diritto stretto, e se, intesa in un certo modo, può dar luogo a discussione, essa rientra nei concetti dei quali mi occuperò in seguito.

A me pare che dalle cose sin qui dette si possa ricavare esser l'equità un sentimento o un concetto, talora individuale talora generale, il quale richiede, che un dato rapporto o che una serie di rapporti debbano regolarsi in un determinato modo¹⁰.

L'equità, così concepita, può concordare o no col diritto positivo; e si vuol chiamare stretto diritto quella parte del diritto positivo che ad essa si oppone. L'equità che ha per noi maggiore importanza è l'equità comune, non quella individuale; poiché essa contiene come un'aspirazione di un popolo ad un certo diritto. Peraltro, finché resta allo stato di aspirazione, l'equità non può pretendere di esser norma dei giudizi dei magistrati; per aver questo potere deve mutarsi in diritto. Se mi fosse lecito usare una similitudine in argomento scientifico, io direi che nell'equità la materia giuridica si trova allo stato amorfo e non depurata, nel diritto positivo invece essa è schietta e cristallizzata.

Ma quando quel pensiero o quel sentimento sia divenuto vera persuasione del popolo; quando questa abbia acquistato tale stabilità da vincere le prove necessarie e imposte

¹⁰ Sono lieto di vedere che per altra via il VOIGT, che è forse l'autore più competente su questa materia, viene ad ammettere questo stesso concetto dell'equità. Egli dopo aver criticate le diverse opinioni fino allora espresse, conchiude (op. cit. p. 15) che la differenza tra l'equità e il diritto sta *nel rapporto che ognuno d'essi ha col suo autore e soggetto; nel carattere soggettivo della prima e nel carattere oggettivo del diritto*; e continua coll'osservare che il diritto una volta stabilito si fa indipendente dalla volontà del suo autore, si oggettivizza, se così posso esprimermi; mentre l'equità dipende ancora dalla volontà del suo autore, è ancora intimamente collegata col complesso delle sue idee. La relatività, il riguardo ai singoli casi ecc. non sono altro che conseguenze di cotesta essenza. (Confr. pure per un'idea simile a questa CAPUANO I primi del diritto romano lib. 1 cap. V pag. 74 segg.). Circa l'equità, come principio della formazione del diritto, veggansi le belle parole del KELLER Pandekten Einleitung § II. i. f. pag. XX. XXI (Lipsia 1866).

dalla costituzione dello Stato per diventarla legge, allora solo si può parlare di forza obbligatoria, allora solo è permesso al giudice di tenerla presente nei giudizi, perché solo allora gli è concesso, da chi ne ha il potere, di disporre di quella forza pubblica della quale, egli non è che depositario. Ripetiamo qui pel diritto stesso ciò che più sopra osservammo per la volontà privata nel diritto: non ogni volontà produce effetti giuridici, ma solamente quella che giunge ad un certo grado d'intensità riconoscibile dalla forma esterna; non ogni movimento della coscienza popolare diventa diritto, ma quello soltanto che giunge al punto di tradursi nelle forme richieste dalla Costituzione.

Un antico detto suona: *Jus legislatori, aequitas judicis magis convenit*¹¹ io crederei più vicino al vero il contrario: *Aequitas legislatori, jus judicis magis convenit*. Se questa regola si fosse sempre osservata i Savoia non avrebbero dovuto dire al re francese Francesco I: Salvateci, Sire, dall'equità dei Parlamenti!

Non tutti peraltro sono di questo parere, e l'equità s'intende in varii modi e le si attribuisce vario potere, sia che la si consideri come qualche cosa di superiore alla legge, sia che la si prenda come regola d'interpretazione e di correzione della legge stessa.

È opinione volgare che ogni uomo porti scritto nella propria coscienza un codice eterno, il quale è sufficiente a risolvere ogni controversia, al quale la legge positiva deve uniformarsi se vuole aver qualche valore, lontana dal quale essa non è che capriccio e non merita di essere attesa: questo codice si suol chiamare equità.

Poche parole mi bastano per far la critica di questo concetto. Dalle cose sin qui dette è facile rilevare che in esso v'ha una qualche parte di vero poiché il diritto si fonda appunto sul comune consenso costituzionalmente espresso. Ma accanto a questo vero quanta parte di falso! Falso è che i principii giuridici sieno intuitivi; la storia ci dimostra che essi non si conquistano se non tra gli stenti e le lotte, e che le nuove generazioni non si elevano se non salendo sulle generazioni cadute. A chi non sembrano oggi volgari i concetti della libertà dell'uomo, del rispetto a' diritti dello straniero? Tuttavia il primo era solo platonicamente riconosciuto dai più avanzati giuristi romani, era dimostrato falso da Aristotile, e che più? appena da pochi anni esso fu proclamato dopo una guerra crudele in America, appena da

¹¹ Confr. MARQUARDUS FREHERUS *Sulpitius sive de aequitate commentarius* Thes. Ottonis (Traj. ad. Rhen. 1733) vol. IV col. 371.

pochi giorni in alcune isole esso giunse ad attuarsi. Il secondo poi non è ancora totalmente riconosciuto dalla maggior parte delle nazioni civili. Altri principii come l'uguaglianza dei cittadini dinnanzi alla legge, regnarono un tempo, furon quindi calpestati, e non risorsero che in mezzo al sangue versato.

Eppure, o signori, io non vi ho parlato che di principii generalissimi. Che sarà dunque ove si voglia scendere a regole più particolari e che siano il prodotto della combinazione di principii diversi? «Quante cose in una legge!» esclamava il BENTHAM chiudendo un suo libro famoso; «quante cose in una legge!» ripeteva il KELLER nella prefazione del suo aureo libretto sulla procedura romana¹². Eppure ancora v'ha chi crede di aver tutte queste cose fin dalla nascita nella propria coscienza. Ciò non deriva che dall'ignoranza delle difficoltà e del metodo giuridico; onde non varrebbe neppur la pena di trattenersi a confutarlo, se non avesse troppo spesso in pratica le più tristi conseguenze. Chi è che con tale equità non giustifica le maggiori contraddizioni? Poiché essa sta scritta nella coscienza, anche in buona fede si può da ogni uomo appoggiarvi la giustificazione dei suoi atti, che alla sua coscienza corrispondono; ed ecco il diritto soggettivo, unilaterale; ecco per meglio dire, il maggior nemico del diritto. Noi italiani la conosciamo codesta equità; essa fu proclamata nel trattato di Vienna come regola di condotta tra i monarchi della Santa alleanza!^{13 14}.

Non lontano da questo volgare concetto ve n'ha uno che appartiene agli scienziati e che portato alle sue pratiche conseguenze non è meno pericoloso.

Al disopra delle leggi positive si ammette una legge naturale ed universale, di che le prime non sono se non accidentali ed imperfette espressioni. A siffatta legge solo si deve attendere, e quando la positiva se ne allontana conviene in ogni modo tornare a quella. Ammesso questo concetto, se ne possono trarre due conseguenze: la prima è che dovunque la legge positiva non sia sufficiente si deve ricorrere alla naturale; la seconda, più grave, è che la legge positiva che non sia conforme alla naturale si può, anzi si deve porre in disparte. Non è meraviglia che questa seconda conclusione sia stata sostenuta dalla scuola teologica, sebbene, a onor del vero, i padri cristiani abbiano sempre predicata l'ubbidienza

¹² Confr. BENTHAM *Introduction to the principles of morals and legislation* in fine. KELLER *Il processo civile romano* (trad. ital. del prof. FILOMUSI - GUELFI. Napoli 1872) Pref. alla 1^a ediz. p. IX.

¹³ Confr. Atto del 26 Settembre 1815: MARTENS *Recueil suppl.* VI. 556 - Klüber *Droit des gens* § 2 e 146.

¹⁴ Circa la differenza tra il volgo e i giuristi veggasi JHERING op. cit. (trad. franc.) tutta la prima metà del 3^o vol. SAVIGNY op. cit. Vol. I § 20 pag. 89.

alla legge costituita. La religione determina essa stessa una legge positiva nella quale riconosce la naturale ed eterna; logicamente dunque essa può rifiutare tutto ciò che alla sua legge si oppone. Siamo in presenza di un fenomeno prodotto da quello stesso bisogno di certezza, che nel campo giuridico ci spinge alla formazione di un diritto positivo. Ma ciò che deve farci maggior meraviglia, è il trovar ripetuta quella idea anche da giureconsulti come il BLACKSTONE, e da noi, per tacere d' altri, recentemente il LOZZI¹⁵.

Per verità non è facile il combattere contro i fautori di simili dottrine; poiché gli argomenti tratti dalla legislazione sono per essi nulli, quelli fondati sui fatti sono buoni o cattivi, secondo che rispondono o no alle loro idee. Forse il miglior modo di combatterli sarebbe quello di metterli a confronto per risolvere una questione giuridica: poiché ognuno d' essi secondo il tempo nel quale ha vissuto e la sua indole e i suoi studi, verrebbe in campo con un proprio diritto naturale, altrettanto naturale, assoluto e perpetuo, quanto quello dell' altro a lui opposto. E poiché ogni uomo dovrà pure farsi un concetto di questo diritto naturale, il quale d' altronde appunto perché naturale s'imporrà alla sua mente, a voler esser logici, dovrà lasciarsi libero ogni uomo di agire secondo il proprio concetto di tale diritto. Davvero sarebbe difficile immaginare l'ordine di una società che fosse retta da siffatti principii!

Peraltro, mi si potrebbe replicare, non ogni idea individuale si deve ritenere per quella legge o equità naturale, alla quale si attribuisce tanto valore; ma conviene ricercare qual sia la vera legge e farla ubbidire da tutti. Chi farà questa ricerca? Chi avrà il potere di rendere obbligatoria la legge così ritrovata? Qualunque cosa rispondano i nostri avversari a queste domande, una sola ne è la necessaria conclusione: cioè che per aver forza, e meritare così il nome di diritto, la legge naturale deve tradursi in legge, positiva.

Ma pur rigettando questo diritto naturale, sarà utile l'esaminare come mai ne sia nato il concetto e qual parte di verità vi possa essere racchiusa. Abbiamo già veduto nello studio dei caratteri del diritto positivo, come esso contenga parecchi elementi arbitrarii, quantunque necessari. Ora se un diritto positivo si voglia estendere a popoli di diversa natura ovve-

¹⁵ Confr. LOZZI *op. cit.* BENTHAM *Principes de législation* C. XIII. IO Loi .imaginaire n'est pas raison (Oeuvres de I. Bentham Bruxelles 1840. vol. 1 p. 46 seg.) e LO STESSO *Sophismes anarchiques* (vol. I p. 525 seg.). Le critiche di questo acuto autore al concetto del diritto naturale sono piene di quel brio proprio degli autori inglesi.

ro se si voglia conservare intatto per lunga serie di anni, necessariamente avverrà che una parte di esso potrà continuare ad aver vigore, un' altra parte cesserà di esser conveniente. Poiché, a quel modo che in ogni uomo si può distinguere il suo generico carattere di uomo e quello particolare del tempo e dello stato in che egli vive e finalmente il suo carattere individuale, in ogni diritto positivo si debbono trovare principii che appartengono all' intiera umanità e principii che si convengono al tempo e al popolo che con esso si governa. Col mutarsi de' tempi si mutano le condizioni della società: alcune forze diminuiscono o cessano, altre si accrescono o nascono: ciò che prima era uguale, diventa disuguale; e la maggior sensibilità dei popoli progrediti fa loro scorgere certe differenze che prima non avvertivano. Mutando ciò che si deve ordinare convien che l' ordine stesso si muti. Le forme sono le prime a far sentire i loro difetti; eppure il formalismo è così irradicato nell' animo umano che spesso esse continuano ancora per lungo tempo a sussistere come forme prive di contenuto. Quando incomincia a manifestarsi questo stato di cose, il popolo, che sente un certo disagio nel vivere sotto l'imperio di un diritto positivo, che più non gli si addice, e vede un continuo disaccordo tra la soluzione giuridica delle questioni e quella che gli pare più conveniente, concepisce un vero timore del diritto. Mi rammento di due iscrizioni romane una delle quali termina così: *Ab iis omnibus dolus malus abesto et ius civile*, e l'altra similmente *huius mon. dolus malus abesto et iurisconsultus*¹⁶, dove si vede il *ius civile* e il *iurisconsultus* rappresentar la stessa Idea che il *dolus malus*. E del pari in alcuni nostri statuti mercantili, p. e. in quel di Pesaro, dopo aver detto che gli affari di commercio «con summa integrità siano espediti post ponendo le «cauillationi: suttilitade et subterfugii de aduocati et procuratori» avevasi un capo speciale col titolo «Che nessuno aduocato o procuratore palatino possi interuenire nante il tribunale de «li consuli o iudici de appellatione»¹⁷.

Tuttavia questo timore dei giureconsulti non è sempre interamente giustificato. Essi al contrario avevansi all'interpretazione del diritto positivo, astraendo ciò che vi ha di comu-

¹⁶ Vedi BRUNS *Fontes iuris romani antiqui* (Tubinga 1876) pag. 195. ORELLI *Inscript.* 4391. 4374.

¹⁷ Confr. *Statuti del collegio mercantile de la città di Pesaro* 1533. Proemio e cap. 24. Simile disposizione, sebbene non motivata espressamente, trovasi in parecchi altri statuti, come p. e. negli *Statuti della Mercanzia di Brescia e suo distretto* (1788) Gap. LXXXVIII *De audientia non danda Advocatis nec Procuratoribus*; e negli *Statuti et capitoli dell' arte de' mercanti di lana dell'illustre città di Camerino* (Camerino 1621: lo Statuto peraltro fu redatto da tre commissari deputati dall' arte della lana con decreto 13 Febbraio 1577) Cap. IV *De le liti* (pag. 12): «Item che accadendo liti con detti mercanti avanti del capitano, o Riveditori che non ci possa comparir Procuratore salvo per pupilli e vedove per questi ci possa comparire altrimenti no.»

ne nelle regole giuridiche, con quello stesso metodo col quale ogni scienza si costruisce, formano del diritto come una piramide, che ha per cima la definizione, per base la regola pratica. Quindi nasce l'idea degli istituti giuridici, i quali il giurista, come osservano il SAVIGNY e l'HERING¹⁸, tratta quasi veri enti oggettivi. Al suo occhio esperto si rivela l'interno collegamento degli elementi di ogni istituto e dei vari istituti tra di loro; egli può analizzare i motivi pei quali il diritto positivo fu costituito a quel dato modo. Egli quindi più d'ogni altro è in grado di giudicare qual peso debbono avere sul diritto; le nuove condizioni sociali e di agevolare l'opera legislatrice, perché si metta con esse d'accordo. Ma in quest'operazione scientifica egli può facilmente discernere qual sia la parte del diritto destinata a durare e quale la transitoria: Or come ciò che dura ci si presenta alla mente come solo essenziale e vero, accade che si ritiene per tale solo quella parte del diritto: che si è trovata adatta a vari popoli e tempi, e si può credere che il rimanente sia errore da sfuggire. Ma ciò è falso, quanto il credere che in un dato uomo non siano necessari che i caratteri dell'uomo in genere; mentre ad esso sono essenziali tutti quegli altri, che lo fanno essere quel dato individuo diverso dagli altri.

Quell'astrazione adunque di alcuni più generali elementi della materia ordinata nel diritto, non solo non è diritto, poiché questo è qualche cosa di essenzialmente pratico, ma neppure potrebbe per sé sola bastare a costruire un diritto. E ne abbiamo parecchie prove, di fatto. Così quando CICERONE nel suo trattato *de legibus*, dopo aver parlato a lungo di natura e di divinità, passa a formulare un modello di legislazione, gli avviene di darci, come osservava il compianto mio maestro ed amico GUIDO PADELLETTI¹⁹ «una seconda edizione riveduta e leggermente corretta della costituzione romana del buon tempo.» Eppure di quella costituzione che cosa è rimasto a noi posteri lontani? Così anche quando nel secolo passato e nel principio di questo gli scrittori di diritto naturale si provavano a farne un trattato completo per l'applicazione, che cosa ci davano se non un sistema del diritto romano allora vigente rimesso un poco a nuovo.

¹⁸ Confr. SAVIGNY *Ueber den Beruf unserer Zeit* etc. (3^a ediz.) p. 39: «Le nozioni pei giuristi son diventate esseri reali la cui presenza e genealogia si è fatta loro familiare per lunga frequentazione» E JHERING op. cit. (trad. franc.) vol. 3^o § 46 pag. 51.

¹⁹ PADELLETTI *Roma nella storia del diritto* nota 2 (Archivio Giuridico 1874. vol. 12 pag. 211)

Ma su questo punto ci siamo trattenuti abbastanza. Passiamo all'opinione che fa dell'equità un sussidio ed una correzione del diritto positivo.

Si suol dire che le regole di diritto vanno variate e temperate a seconda delle circostanze dei casi pratici, i quali possono differire tra loro per l'oggetto e per il soggetto. Qui vi ha divergenza tra gli autori che vogliono che l'equità consista nel tener conto delle differenze dell'ultimo e quelli che sostengono invece che si debba por mente al primo; ma a me basterà di averla accennata, poiché non'è di grande importanza²⁰. Veniamo all'esame di quest'opinione nella sua generalità. Il primo appunto che le si può fare, mi par che sia quello della indeterminatezza. Posta infatti una regola giuridica, e dato un caso al quale debba applicarsi, non s'intende bene che cosa significhi la facoltà di temperar quella regola. Se ciò vuol dire che il giudice per considerazioni estranee al diritto, come, per esempio, per riguardi di morale o di pietà (noto solo questi riguardi virtuosi), possa modificare la regola stabilita dal legislatore, io non dubito di affermare che egli mancherebbe al suo più stretto dovere e violerebbe quindi quella moralità, che, senza esservi chiamato, si fosse tolta la brigata di tutelare²¹. Se s'intende che una regola imperfettamente espressa dal legislatore, per modo che possa prestarsi a diverse interpretazioni, debba interpretarsi ora in un modo ora in un altro per quei medesimi riguardi, mi sembra poter per le medesime ragioni ripeter la condanna di tale equità; sarebbe infatti un ricadere nel vizio dianzi notato. Poiché, senza insistere sul fatto che la necessità dell'interpretazione non può essere riconosciuta che dal giudice medesimo, se una volta si sia trovato ciò che il legislatore intendeva realmente dire, una differente interpretazione altro non sarebbe se non uno svisamento della volontà di lui. Non deve essere lecito mutare l'interpretazione, se non quando si riconosca erronea la prima.

Che se finalmente questo concetto dell'equità significhi che il giudice debba aver presenti tutti gli elementi giuridici che sogliono trovarsi nei casi da decidere, per solito molto

²⁰ Su questo punto confr. WINDSCHEID *Lehrbuch des Pandektenrechts* (Stuttgart 1879) § 28 nota I. Vol. 1. pag. 70; e gli autori ivi citati.

²¹ L'ill. cons. LOZZI vorrebbe che gli avvocati fondassero le loro ragioni specialmente sull'equità (V. op. cit. *Della Interpetr.* ecc. Temi Veneta 1878 pag. 448). Non saprei davvero dividere la sua opinione. Mi spaventa il vedere dato lo stesso consiglio, con uno scopo del tutto diverso certamente, da QUINTILIANO per le cause disperate. Ecco le parole dell'autore latino (*Inst. Or.* VII. 1. 63): «Plerumque autem in fine causarum de aequitate tractabitur quia nihil libentius iudices audiunt. Aliquando tamen hunc ordinem mutabit utilitas: ut, si in iure minus fiducia erit, aequitate iudicem praeparemus.»

complessi, a me pare che tra questa specie di equità e il puro diritto non vi sia differenza alcuna. Quando un fatto in apparenza unico sottoposto all'analisi giuridica si risolve per modo da dover esser deciso con più regole di diritto, evidentemente, e il diritto stesso lo richiede, queste debbono coordinarsi e subordinarsi tra loro e la sentenza dev'essere la risultante di tutte. L'osservatore inesperto delle costruzioni scientifiche esaminando questa risultante potrà credere che alcuna di quelle regole non produca effetto ovvero in un caso ne produca uno, in un caso un altro. Quest'illusione non avviene solo nell'applicazione del diritto. Chi assista alla caduta di un corpo nel vuoto e determini coi dati di questa osservazione il modo di agire della forza di gravità; e poi lasci cadere lo stesso corpo in uno spazio pieno d'aria, potrà forse credere che la forza di gravità in questo caso sia venuta meno alle sue leggi: ma tale errore non sarebbe imputabile che al suo difetto di osservazione e di metodo scientifico. Così una regola giuridica può praticamente produrre gli effetti più diversi, non perché si muti, ma perché la si combina con altre²².

²² Vi sono due altri modi di considerare l'equità da applicarsi dal giudice, i quali meritano la nostra attenzione. Non ne ho parlato nel testo del discorso, perché in sostanza rientrano nei concetti principali da me criticati, e perché sono così difficili a definirsi in poche parole ch'io non poteva trattarne senza oltrepassare i limiti, che aveva prefissi al discorso medesimo.

Si dice da taluno che il sistema dell'applicazione del puro diritto legale tende ad esagerare il danno, inerente alla codificazione, di pietrificare il diritto, ed è per conseguenza necessario per la stessa durata delle leggi il temperarle coll'equità, ossia il farle piegare nell'interpretazione ai bisogni imprevedibili di ciascun caso particolare ed ai bisogni dei nuovi tempi.

Si dice da altri che, quando la rigida applicazione delle disposizioni del diritto porterebbe ad una iniqua decisione, il giudice deve studiare il modo d'interpretar le leggi così largamente, da condurle ad una più mite applicazione: si soggiunge che il giudice è a ciò indotto da naturale impulso dell'animo, che lo costringe a seguire tale sistema quasi inconsciamente.

Esaminiamo la prima opinione. Anzitutto mi sia lecito esprimere la mia meraviglia per l'amore che i fautori di essa dimostrano verso la durata delle leggi, che vogliono poi sin da principio violate. Noi crediamo di portare alle leggi maggior rispetto chiedendo che si mutino se cattive, che si applichino pienamente, finché non sieno mutate: non desideriamo punto che un codice si mantenga per centinaia d'anni in modo tale da non esser più che un vano simulacro, atto ad ingannare soltanto coloro, che, troppo creduli, vi si conformassero come a vera legge. Sarebbe questo il modo di unire a tutti gli svantaggi della codificazione tutti i danni dell'opposto sistema.

Ma lasciando da parte tale considerazione, osserverò che si possono dare due casi: o la legge è così precisa, che il piegarla ai nuovi bisogni equivale ad alterarla, ed allora si deve rifiutare tale facoltà al giudice per le ragioni dette nel testo del presente discorso; o la legge è oscura ed allora l'interpretazione deve restituire il suo vero significato, il quale non può essere che uno solo, come la verità. Ma qui appunto si dice che l'interprete può giovare dell'oscurità della legge per darle quel significato, che meglio si conviene alle condizioni dei vari casi e dei vari tempi. Il che a primo aspetto può parere un'ottima cosa; ma se si pensa che il dare ad una legge una interpretazione diversa da quella che essa oggettivamente comporta, non è più interpretare, come è ufficio del giudice, ma correggere e fare la legge, prerogativa questa del solo legislatore, si dovrà, in forza dei principii sostenuti nel testo, respingere anche questa opinione.

Tuttavia anche in essa mi sembra si possa trovare una parte di vero, che mi conviene far rilevare; non volendo imitar l'esempio di quei cavalieri, i quali si uccisero sostenendo l'uno che un certo scudo era rosso, ed affer-

O signori, se qui ho paragonato il mondo giuridico al mondo fisico, non crediate che io voglia con ciò parificarli del tutto. So bene che i principii di diritto non sono formule matematiche; ma desidererei che non si cadesse nell'esagerazione contraria dando ai principii tale elasticità da farli uscire dalla legge. Una buona legge non pone i principii; essa detta comandi, la natura dei quali abbiamo già studiato. Da questi comandi si possono astrarre i principii; ma la somma difficoltà consiste nel formularli. Evidentemente una cattiva formula non si può porre a base di ragionamento; ma non bisogna accusarne né la legge, né il principio.

Ad alcune più concrete osservazioni può dar luogo il nostro diritto civile. Le accennerò a sommi capi, o Signori, per non alterare l'indole di questo discorso.

mando l'altro che era bianco, mentre lo scudo era bianco da una parte e rosso dall'altra. Così mi paiono utili, specialmente riguardo alla evoluzione storica della interpretazione, le osservazioni seguenti: per applicare una disposizione di legge bisogna confrontarla non solo con tutte l'altre della legge medesima; ma con tutto il sistema legislativo vigente. È questo uno dei canoni fondamentali della retta interpretazione. Ora avviene spesso che una disposizione di legge precedente, la quale aveva una data forza, accordata con disposizioni di altre leggi posteriori, acquisti una forza diversa anche se non sia abrogata. Ma ciò avviene per la volontà stessa del legislatore, cosicché l'interpretazione, riconoscendo tale mutamento, non tradisce il proprio ufficio; anzi lo eseguisce fedelmente. La legislazione Giustiniana ci fornisce esempi luminosi di tale mutamento p. e. riguardo alla *cessio*: confr. fr. 63 de usufructu 7. 1, fr. 20 § 1 de serv. P. U. 8. 2 etc. fr. 11 pr. de public. 6. 2, fr. 5 pr. de damu. Inf. 39. 2, fr. 18 § 15 eod. (Veggasi SAVIGNY *System* (trad. franc.) Vol. 1 c. IV § 41 nota *f. g.* pag. 251 seg.) - lo stesso dicasi dei molti testi prima riguardanti i *caduca*, il *ius liberorum* etc. E questo metodo dovrebbe applicarsi sempre alle nostre leggi, che si seguono così rapidamente.

Inoltre spesso il legislatore adopera espressioni di significato relativo, che è sua volontà sieno interpretate secondo le idee, i sentimenti, le condizioni dei diversi casi e dei tempi diversi. Allora nel mutare l'applicazione (non l'interpretazione) non si fa altro che ubbidire alla volontà della legge ed al puro diritto. È opera di buon legislatore l'usare di tali espressioni quando si tratti di materia di sua natura relativa e mobilissima: ma s'egli nol faccia, lo ripeto, non può il giudice supplirvi. Non istarò a riferire esempi di disposizioni relative ai vari casi: un esempio di legge relativa a vari tempi mi pare si possa trovare nell'articolo 12 delle disp. prel. al nostro codice civile, nel quale le espressioni *leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume* (confr. pure art. 1119 e 1122 c. civ.) si riferiscono appunto a condizioni mutevoli della società e della morale sociale (Vedi più sopra nota 3); cosicché, mutando tali condizioni, bisognerà giudicare che taluni principi giuridici, che riguardavano p. e. il buon costume, più non abbiano relazione con questo. Tale credo il caso del divorzio, la cui proibizione in Italia aveva un tempo fondamento sull'ordine pubblico e il buon costume; oggi invece non vi ha più attinenza. Per tal modo anch'io vengo a mutare l'applicazione del citato art. 12, ma senza alterarlo e senza disubbidire alla volontà del legislatore, mantenendomi nei limiti del puro diritto.

Che dire dell'altra opinione che consiglia al giudice di cercare ogni sotterfugio legale per non cadere in sentenza, conforme bensì al diritto, ma contraria alla equità? Anche qui il concetto dei nostri avversari non è ben chiaro: infatti se per venire alla conciliazione del diritto con la sua idea dell'equità, il giudice deve uscire dai limiti del diritto, come li abbiamo segnati, non occorre ch'io aggiunga altro per dimostrare che tale opinione è falsa; se invece quella conciliazione si ottenga collo studiare diligentemente il caso da decidere e coll'applicarvi coscienziosamente le regole di diritto, il giudice non fa altro che il proprio dovere comandatogli dallo stretto diritto; il quale allora non differisce dall'equità dei miei avversarii, se non in ciò, che comanda ai giudici di studiare tutte le cause con quella stessa somma diligenza e non solamente quelle nelle quali credono di vedere una questione di equità.

L'articolo fondamentale su questa materia è il terzo delle disposizioni preliminari: «Nell'applicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole, secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. – Qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili e materie analoghe: ove il caso rimanga tuttavia dubbio si deciderà secondo i principii generali di diritto».

Questo articolo comincia coll'ammettere l'interpretazione grammaticale e logica: esclude quindi lo star vincolati alla sola parola della legge. Questa maggior larghezza d'interpretazione fu anch'essa chiamata equità, specialmente ai tempi di Cicerone; ma io accettandola non posso trattenermi a discuterla. Né discuterò l'argomento d'analogia che non turba punto la teoria del puro diritto. Più degno di nota è il rinvio ai *principii generali di diritto*. Nulla di più tormentato dagli interpreti che questi *principii generali di diritto*. Chi vi ha voluto vedere il diritto comune dei secoli passati; chi il puro diritto romano; chi il diritto naturale; chi l'equità intesa in vario senso. La prima e la seconda opinione, che più si converrebbero al codice Ticinese (art. 5), che vuole si giudichi «in difetto di analogia secondo le disposizioni del diritto comune», sono combattute vigorosamente dall'illustre mio maestro prof. PACIFICI MAZZONI²³, del quale voi, o Signori, ricordate con affetto gli anni che passò come studente in questa Università. Alla terza ho già risposto più sopra, e noterò qui solamente che corrisponde meglio al Codice civile austriaco che parla appunto (§.7) dei «principii del diritto naturale avuto riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e maturamente ponderate».

²³ V. PACIFICI MAZZONI op. cit. nella nota 2 in fine. Prefaz. §. XV. pag. XXXVII. segg.; lib. I. tit. II. cap. II. sez. II: n. 21 nota 2 pag. 50 seg. Confronta BORSARI *Commento al codice civile* I, 42; IMPALLOMENE *Il diritto romano ha vigore legislativo nei casi non contemplati dal codice civile italiano?* (Gazz. Trib. Napoli XXV. 830 segg.) In senso contrario BUONAMICI *Dell'uso del diritto romano nella giurisprudenza italiana moderna. Prelezione* (Pisa 1876). L'opinione mia intorno ai principii generali del diritto secondo l'art. 3 disp. prel. non è altra che quella oggi dalla maggior parte degli scrittori accettata.

Nell'applicare i principii generali conviene por mente ai punti seguenti: 1.° non credere che ogni elemento di un fatto sia un elemento giuridico, e perciò non voler tener conto ad ogni costo di alcuni elementi che non trovino la loro conveniente soluzione nei principii del diritto positivo: 2.° al contrario non dimenticare di dare il loro giusto valore a quegli elementi, direi quasi a quei residui, di un fatto, che a prima vista non appaiono come elementi giuridici, e che pure, per precise disposizioni legali o per i principii generali del diritto, devono portare qualche modificazione nella soluzione finale del problema giuridico proposto. Ciò è tutt'altro che agevole in pratica; ma chi può riuscirvi, vedrà facilmente che la maggior parte dei così detti temperamenti di equità non derivano da altro, che dal vago sentimento dell'esistenza di questi elementi difficili ad analizzare: con questo peraltro che l'analisi ci conduce ad un risultato certamente giusto e ragionevole, il sentimento è invece cosa tutta soggettiva e può esser causa dei più gravi errori.

L'ultima è quella che più ci riguarda. Anzi tutto osserverò che nell'articolo si parla di principii di diritto, con la qual cosa si esclude tutto ciò che non è diritto. Ma come distinguere ciò che è diritto da ciò che non lo è? Convieni partire dalle disposizioni delle leggi ed astraendo risalire da concetto a concetto sempre più generalizzando, e dal generale tornando a discendere al particolare, si giudicherà per dirla con ARISTOTELE (*Eth. Nic. V. 10*) «come lo stesso legislatore avrebbe detto se fosse stato presente e come avrebbe prescritto se lo avesse preveduto». Ecco, mi pare, come va inteso l'articolo in questione; esso dunque non si allontana dal puro diritto.

Ma alcuni articoli del Codice civile e di altre leggi fanno espressa menzione dell'equità: così gli articoli 463, 578, 1124, 1652, 1718 cod. civ. e l'art. 162 della legge sulle Opere pubbliche (20 marzo 1865 all. F). I limiti del discorso mi vietano di farne un'analisi minuta; ma noterò in generale che la parola *equità* vi è usata in significati assai vari: in alcuni, per esempio, vuol dire uguaglianza tra le parti²⁴. Ma è innegabile che in altri essa valga a rinviare il giudice alla propria coscienza ed al sentimento universale, però sempre entro certi limiti. Mi sembra tuttavia perentorio l'osservare che siffatta equità può in tali casi servir di criterio al giudice appunto e solamente perché il diritto positivo glielo permette: il quale non volendo sottoporre la materia a regole fisse, ha imposto alle parti una specie di arbitramento. Ciò esclude la facoltà di usare dell'equità medesima fuori dei casi preveduti.

Da queste considerazioni particolari passando ad altre più generali, rileverò prima che il nostro codice, per il modo molto equo col quale è stato redatto, non fa sentire il bisogno di questa spuria equità giudiziale; in esso fu tenuto gran conto del dovere che ha il legislatore d'ispirarsi nell'equità, a noi tocca tener conto del dovere del giudice di non oltrepassare i suoi poteri, dando effetti giuridici a ciò che non è diritto.

Altro punto da non dimenticare è il poco o niun conto che si tiene nel nostro diritto positivo della consuetudine: essa non ha vigore che quando la legge scritta glielo permette. E perché? perché non si considera come diritto, se non quello che ha vinto la prova delle forme costituzionali. Ora se si nega valore alla consuetudine che pure rappresenta una uni-

²⁴ Tale significato ha la parola equità p. e. evidentemente nell'art. 1718 cod. civ.

versale ed inveterata persuasione popolare; come vorremo noi darne tanto ad una equità che può esser molto da meno?

E l'istituto della Cassazione, che deve vegliare alla esatta applicazione del diritto, che deve rigettare il ricorso che non si appoggi espressamente sopra un articolo di legge, non è esso, per qualunque ragione si sia fondato, un istituto di puro diritto?

E finalmente per coloro che, rifuggendo dai rigori del diritto positivo, amano meglio di farsi giudicare secondo l'equità più o meno naturale, non è forse aperta la via coll'arbitramento per amichevoli compositori? Ma sembra che il grande amore per l'equità sia oggi piuttosto teorico che pratico; poiché il numero delle controversie portate dinanzi ad arbitri diminuisce ogni giorno; e dove, come in Francia ai tempi delle Ordinanze, nelle cose commerciali l'arbitramento era obbligatorio, furono le stesse parti interessate che si adoperarono per farlo abolire.

Qui, o signori, mi convien terminare questa dimostrazione; ma prima di lasciarvi permettete ch'io aggiunga una ultima parola di difesa.

Coloro, che, come me, propugnano il puro diritto positivo, sono stati spesso accusati di grettezza d'idee e di mancanza d'ideali. Tali accuse non furono mai meno meritate. Noi non neghiamo ogni attività diretta a migliorare la legislazione, non neghiamo anzi difendiamo l'imperio della morale nella vita. Ma dove non vogliamo vedere regnare altro che la legge si è nelle aule dei tribunali. Noi crediamo che l'inclinare la privata volontà, il privato giudizio dinanzi al volere dello Stato, qualunque esso sia, è opera di buon cittadino; e che solamente così si possa mantenere intatta quella libertà, che fu dai nostri padri con tanta fatica conquistata. Dell'amore della patria vogliamo che non si faccia pompa solo nelle grandi occasioni, ma che lo si eserciti in ogni momento; e in nome suo domandiamo ai cittadini anche qualche sacrificio, se richiesto dal rispetto alla legge. E se chi ci accusava di mancar d'ideale, ci dirà che troppo si vuole facendo di quell'amore una virtù quotidiana, risponderemo che così, e solamente così, si potrà rendere alla patria l'antica grandezza²⁵.

²⁵ Leggansi le nobilissime parole di Socrate in PLATONE *Critone* XII.